



河海大学社科精品文库

土地承包经营权流转法律问题研究

The legal study on circulation
of land contract management right

陈广华◎著



中国政法大学出版社



河海大学社科精品文库

土地承包经营权流转法律问题研究

The legal study on circulation
of land contract management right

陈广华◎著

 中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

土地承包经营权流转法律问题研究/陈广华著. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 7
ISBN 978-7-5620-5530-3

I. ①土… II. ①陈… III. ①农村土地承包法—研究—中国 IV. ①D922.324

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第176477号



- | | |
|-------|---|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 编辑邮箱 | zhengfadch@126.com |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 720mm × 960mm 1/16 |
| 印 张 | 13.75 |
| 字 数 | 290 千字 |
| 版 次 | 2014 年 7 月第 1 版 |
| 印 次 | 2014 年 7 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 36.00 元 |



序 言

PREFACE

随着社会经济的发展和改革开放进程的加快,农村土地制度改革也进入到攻坚阶段。家庭联产承包责任制在 20 世纪 80 年代取代计划经济体制下的人民公社土地生产模式,极大地推动了农村生产力水平的提高。而随着社会主义体制改革的不断深入,单纯享有土地承包经营权一方面不能更好地实现适度规模化发展的高效性,另一方面也不能让农民获得更多的财产性权利,农村土地承包经营权的流转是进一步推动农村土地制度改革的重要内容。《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提出:“加快构建新型农业经营体系,坚持农村土地集体所有权,依法维护农民土地承包经营权,发展壮大集体经济。稳定农村土地承包关系并保持长久不变,在坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下,赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能,允许农民以承包经营权入股发展农业产业化经营。鼓励承包经营权在公开市场上向专业大户、家庭农场、农民合作社、农业企业流转,发展多种形式规模经营。”从实践角度来讲,目前各地的土地承包经营实际流转方式存在较大差异,经济发展水平的差距性导致土地承包经营权流转的实际效果和需求层次不一。虽然当前在《中华人民共和国物权法》和《中华人民共和国农村土地承包法》中对土地承包经营权流转制度都有相关规定,但由于法律、法规规范的不完整性和滞后性,土地承包经营权的流转规范原则性过强,难以适用。并且由于法律制度设计中没有完全贯彻土地承包经营权的物权性,导致土地承包经营权以抵押、继承进行流转甚至与现行法律存在冲突。因此,在深化土地承包经营权流转制度的探索过程中,如何通过流转法律制度的设计,一方面保障农民能够获得最大程度的收益,使得土地使用权的价值能够在市场化运作下得到真实体现,一方面又可以确保土地承包经营权的社会保障作用,以推动农村社会稳定,这是今后立法设计中必须面对的重要问题,也是进行农村土地承包经营权流转实证研究的必然性要求。

为解决土地承包经营权流转理论和实践过程中存在的法律困惑,本书以法学研究为视角,探讨土地承包经营权流转中的权利义务问题。从介绍我国现行的土地承包经营权历史沿革入手,深入分析土地承包经营权、土地承包经营权流转等基本概念的内

涵和外延。在厘清基本概念的前提下,依照现行土地承包经营权取得方式的不同,分为家庭取得的土地承包经营权和以招标、拍卖等方式取得的“四荒地”土地承包经营权,并就二者的流转方式和法律制度设计予以区分论述。本书在总结现行文献资料的基础上,通过实证研究、比较研究等多种研究方法,全面系统地将土地承包经营权流转方式区分为物权性流转和债权性流转,并就每种法定流转方式的主体、内容、客体、限制性规范和法律修改意见予以全面探究。本书主要研究结论包括:第一,通过比较现行立法和理论界对于土地承包经营权流转的概念界定,正确厘清土地承包经营权流转的基本概念;第二,通过对土地承包经营权流转合同的性质分析,对合同的主要内容和效力认定标准予以明晰;第三,通过比较分析土地承包经营权不同流转方式的特征,尝试对今后土地承包经营权法律规范的修改和完善提供建议;第四,通过对土地承包经营权的物权属性的分析,明确土地承包经营权流转中登记的法律效力。

目 录

CONTENTS

序 言	1
第一章 土地承包经营权流转概述	1
第一节 土地承包经营权概述	1
第二节 土地承包经营权流转内涵及特征	9
第三节 土地承包经营权流转历史沿革	17
第四节 土地承包经营权流转的基本原则	27
第二章 土地承包经营权流转合同	35
第一节 土地承包经营权流转合同概述	35
第二节 土地承包经营权流转合同的主体	39
第三节 土地承包经营权流转合同的客体	45
第四节 土地承包经营权流转合同的内容	48
第五节 土地承包经营权流转合同的效力	54
第三章 土地承包经营权物权性流转	66
第一节 土地承包经营权物权性流转——转让	66
第二节 土地承包经营权物权性流转——互换	75
第三节 土地承包经营权物权性流转——入股	82
第四节 土地承包经营权物权性流转——继承	96
第五节 土地承包经营权物权性流转——抵押	116

第四章 土地承包经营权的债权性流转	124
第一节 土地承包经营权债权性流转——出租	124
第二节 土地承包经营权债权性流转——转包	135
第五章 土地承包经营权变更登记制度	144
第一节 土地承包经营权设立登记	144
第二节 土地承包经营权变更登记存在的问题	150
第三节 土地承包经营权变更登记制度之完善	154
第四节 登记机关和登记费用	157
第六章 “四荒”土地承包经营权流转法律问题研究	162
第一节 “四荒”土地承包经营权的性质	162
第二节 “四荒”土地承包经营权流转概述	167
第三节 “四荒”土地承包经营权流转合同	173
第四节 “四荒”土地承包经营权流转“优先权”存废之争	183
参考文献	186
附 录	193
后 记	214



第一章

土地承包经营权流转概述

第一节 土地承包经营权概述

一、土地承包经营权的概念

对土地承包经营权的界定是明确土地承包经营权流转的前提条件。因此对土地承包经营权流转的研究必定是以对土地承包经营权的清晰界定为基础。近年来,无论是期刊论文、毕业论文还是理论专著,都对土地承包经营权的性质及承包方式做了充分研究,对土地承包经营权的概念均未作出明确界定。

土地承包经营权可以通过由发包方发包原始取得,也可以通过流转而继受取得。根据《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《农村土地承包法》)第3条的规定:“国家实行农村土地承包经营制度。农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式,不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖……公开协商等方式承包”,原始取得的土地承包经营权因承包方式的不同,又可分为以家庭承包方式承包的土地承包经营权和以其他方式承包的土地承包经营权也就是说,土地承包经营权包括:(1)通过家庭承包方式依法设立的土地承包经营权;(2)通过招标、拍卖、公开协商等其他方式依法设立的对“四荒”土地的土地承包经营权;(3)通过流转继受取得的对农村土地的土地承包经营权(包括家庭承包土地承包经营权及“四荒”土地承包经营权)。因此,在界定土地承包经营权的概念时,应当全面涵盖这三种形式的土地承包经营权,否则会使得概念的内容不完整,内涵的界定不准确。

随着对土地承包经营权研究的不断深入,土地承包经营权概念的定义层出不穷,有学者指出:从实际实施上来看,土地承包经营权的概念有广义和狭义之分。狭义的土地承包经营权是指家庭承包中农民的口粮田和劳动力的责任田,即家庭联产承包;广义上的农村土地承包经营权除了家庭联产承包以外还有通过招标、拍卖、公开协商

等方式承包农村土地,主要是“四荒”地。^{〔1〕}

由上文对土地承包经营权形式的分类可知,如此将土地承包经营权作广义与狭义之分,对广义土地承包经营权概念的界定不够完善,而将家庭联产承包定义为狭义土地承包经营权亦不合适。家庭承包方式承包的土地承包经营权与其他方式承包的土地承包经营权,“同为具有用益物权性质的土地承包经营权两者为并列关系。因承包方式的不同,而呈现出明显不同的特征。”运用矛盾分析法,在普遍性的指导下研究特殊性,又从特殊性中概括普遍性,即一方面从整体研究土地承包经营权,另一方面针对各自的特性,对家庭承包经营权进行分别研究。以家庭承包方式承包的土地承包经营权与其他方式承包的土地承包经营权地位是平等的,因此,土地承包经营权不应做狭义与广义之区分。并且在学理界,在不明确本文所述“土地承包经营权”仅指以家庭方式承包的土地承包经营权时,并不当然说明文章所述“土地承包经营权”仅指“狭义的土地承包经营权”。“狭义的土地承包经营权”与“广义的土地承包经营权”两个概念并不为大多数学者所接受。在界定土地承包经营权时,应对不同承包方式取得的土地承包经营权总体界定,并在此基础上,对不同承包方式取得的土地承包经营权分别予以研究。

纵观各学者对土地承包经营权所下的定义,其内容无外乎四个方面:第一,土地承包经营权的权利主体;第二,土地承包经营权的用途限定;第三,土地承包经营权所涉土地的范围;第四,土地承包经营权的权利性质。

要准确界定土地承包经营权的概念,必须要了解概念是什么,应如何界定概念。传统逻辑学认为:内涵定义,泛指从揭示概念的内涵的角度来明确概念的定义。而一个概念的内涵,则是该概念所代表、指称的对象的特有属性或本质属性或区别性特征,通过这些属性或特征,能够把这类(或这个)对象与其他的对象区别开来。^{〔2〕}土地承包经营权的权源来自于法律,因此应根据具体的法律规定研究土地承包经营权不同于其他权利的属性。

(一) 土地承包经营权的权利主体

对于土地承包经营权的权利主体,各学者在定义土地承包经营权时,观点各异,其主要形式有以下三种:第一,以孟勤国为代表,认为土地承包经营权的权利主体是农户或其他自然人、法人;第二,以王利明为代表,认为土地承包经营权的权利主体是农村集体经济组织的农户以及其他的单位或者个人;第三,是以丁关良为代表,直接将土地承包经营权的权利主体定义为承包人或土地承包经营权人。

直接将土地承包经营权的权利主体定义为承包人或土地承包经营权人的学说过于简单,无法揭示特定的土地承包经营权的权利主体,不宜采纳,应结合具体的法律条

〔1〕 柴振国、袁菲:“农村土地承包经营权流转问题探讨”,载《河北大学学报(哲学社会科学版)》2009年第6期。

〔2〕 陈波:《逻辑学导论》,中国人民大学出版社2006年版,第283页。



文分析土地承包经营权的权利主体。《农村土地承包法》于第二章家庭承包第15条规定：“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。”于第三章其他方式的承包第48条规定：“发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。”可知，《农村土地承包法》承认，土地承包经营权的权利主体既包括本集体经济组织的农户，也包括集体经济组织以外的单位或者个人。最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）第3条规定：“承包合同纠纷，以发包方和承包方为当事人。前款所称承包方是指以家庭承包方式承包本集体经济组织农村土地的农户，以及以其他方式承包农村土地的单位或者个人。”《解释》明确了以承包方式获得农村土地的农户、单位或者个人为土地承包经营权的权利主体，但忽略了通过流转，继受取得土地承包经营权的权利主体。而土地承包经营权的流转，依法法律规定，既可以在农村集体经济组织内部流转也可以在农村集体经济组织外部流转。综上所述，土地承包经营权的主体应该是农村集体经济组织的农户以及集体经济组织以外的单位或者个人。

（二）土地承包经营权的用途限定

对于土地承包经营权的用途限定，各学者在给土地承包经营权下定义时，除去部分学者对土地承包经营权用途的限定予以忽略外，大多数学者均认为土地承包经营权的行使应以农业生产为目的。

《农村土地承包法》于第一章总则第8条规定：“未经依法批准不得将承包地用于非农建设。”《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第125条规定：“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。”第128条规定：“未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。”可见，土地承包经营权的行使应以农业生产为目的符合立法者的立法原意。

（三）土地承包经营权所涉土地的范围

对于土地承包经营权所涉土地的范围，各学者在定义土地承包经营权时主要有两种观点：第一，以《农村土地承包法》的规定明确解释为农村土地；第二，以《土地管理法》的规定明确解释为农用地。

我们应先研究《农村土地承包法》中的农村土地与《土地管理法》中的农用地的内涵与外延是否等同。《农村土地承包法》第2条规定：“本法所称农村土地，是指农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地。”而《土地管理法》第4条规定：“国家编制土地利用总体规划，规定土地用途，将土地分为农用地、建设用地和未利用地。前款所称农用地是指直接用于农业生产的土地，包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等。”也就是说农用地既包括农民集体所有的土地，也包括国家所有的土地。而所涉国家所有的土地既包括国家所有依法由农民集体使用的土地，也包括国家所有国家使用的土地。因此，“农

村土地”与“农用地”两个概念的外延不同,所涉及的土地范围有所差异。《农村土地承包法》第3条规定:“农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式,不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。”结合第2条的规定可知,荒山、荒沟、荒丘、荒滩——“四荒”土地是土地承包经营权所涉土地范围必不可少的一部分,属于农村土地,因此应采用不同于《农村土地承包法》第2条的规定解释农村土地,即农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地、荒山、荒沟、荒丘、荒滩,以及其他依法用于农业的土地。

(四) 土地承包经营权的权利性质

对于土地承包经营权的权利性质,孟勤国认为土地承包经营权是经营集体土地或国有土地的占有权,丁关良认为土地承包经营权是直接支配承包的国家或者农民集体所有农用地,并排除他人干涉的权利。而大多数学者采用了土地承包经营权是对农村土地享有的占有、使用与收益的权利的观点。

本书采用《物权法》第三编用益物权第125条的规定:“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。”认为土地承包经营权是对农村土地享有占有、使用和收益权利的用益物权。具体理由将于下文土地承包经营权的性质中做专门论述。

综上所述,土地承包经营权,是指农村集体经济组织的农户以及集体经济组织以外的单位或者个人,以农业生产为目的,对农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地、荒山、荒沟、荒丘、荒滩,以及其他依法用于农业的土地享有占有、使用和收益权利的用益物权。

二、土地承包经营权的法律特征

土地承包经营权的法律特征即现行法律予以确认的,单独属于土地承包经营权的,并可区别于其他权利的内容。根据土地承包经营权的概念界定及现行法律对土地承包经营权的规定,分析土地承包经营权的法律特征后,并在此基础上进一步探讨以不同形式取得的土地承包权之特征。因流转继受取得的土地承包经营权作为本书的核心内容,下文有专门章节加以论述,故在此不再赘言。此处仅对原始取得的土地承包经营权进行分析,并分别论述家庭承包方式设立的土地承包经营权与其他方式取得的土地承包经营权的法律特征。

(一) 土地承包经营权的法律特征

1. 权利主体的特定性

土地承包经营权的权利主体是农村集体经济组织的农户以及集体经济组织以外的单位或者个人。《农村土地承包法》在第二章家庭承包中第15条规定:“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。”在第三章其他方式的承包中第48条规定:“发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包,应当事先经本集体经济组



织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。”

2. 土地承包经营权的行使应以农业生产为目的

《农村土地承包法》于第一章总则第8条规定：“未经依法批准不得将承包地用于非农建设。”《物权法》第125条规定：“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。”并延续《农村土地承包法》的规定，于第128条规定：“未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。”

3. 所涉土地范围的限定性

土地承包经营权所涉土地范围是农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地、荒山、荒沟、荒丘、荒滩，以及其他依法用于农业的土地。

4. 包括占有、使用和收益权利的用益物权

《物权法》第三编用益物权第125条的规定：“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。”

5. 被依法征收的限制性

《物权法》第132条规定：“承包地被征收的，土地承包经营权人有权获得相应补偿。”承包地被依法征收的，土地承包经营权消灭。

6. 法定权利的物权保护性

《农村土地承包法》第54条规定：“发包方有下列行为之一的，应当承担停止侵害、返还原物、恢复原状、排除妨害、消除危险、赔偿损失等民事责任。”

（二）以家庭承包方式设立的土地承包经营权的法律特征

1. 特定的发包方

《农村土地承包法》第12条规定：“农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会发包；已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各农村集体经济组织或者村民小组发包。村集体经济组织或者村民委员会发包的，不得改变村内各集体经济组织农民集体所有的土地的所有权。国家所有依法由农民集体使用的农村土地，由使用该土地的农村集体经济组织、村民委员会或者村民小组发包。”根据本条规定，土地所有权分属于不同的集体，其发包方是不同的，可以分为两种情况：一是，土地所有权属于村民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会发包；二是，土地所有权属于农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组发包。

2. 特定的承包方

《农村土地承包法》第15条规定：“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。”

3. 法定的承包期

《农村土地承包法》第20条规定：“耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十

年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。”

4. 承包方权利、义务的法定性

《农村土地承包法》第16条规定：“承包方享有下列权利：（一）依法享有承包地使用、收益和土地承包经营权流转的权利，有权自主组织生产经营和处置产品；（二）承包地被依法征用、占用的，有权依法获得相应的补偿；（三）法律、行政法规规定的其他权利。”第17条规定：“承包方承担下列义务：（一）维持土地的农业用途，不得用于非农建设；（二）依法保护和合理利用土地，不得给土地造成永久性损害；（三）法律、行政法规规定的其他义务。”土地承包经营权的具体内容是由发包方和承包方以合同的形式约定，但《农村土地承包法》的规定为强制性规定，合同的内容不得违反此强制性规定，承包方所有享有的权利和应履行的义务具有法定性。

5. 依承包合同生效发生权利

《农村土地承包法》第22条规定：“承包合同自成立之日起生效。承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权。”《物权法》第127条也规定：“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。”

6. 可流转性

《农村土地承包法》第10条规定：“国家保护承包方依法、自愿、有偿地进行土地承包经营权流转。”第32条规定：“通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。”

（三）以其他方式设立的土地承包经营权的法律特征

1. 对发包方权利的限制

《农村土地承包法》第48条第1款规定：“发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。”由于家庭承包的承包方仅为本集体经济组织的农户，而其他方式承包的承包方既包括本集体经济组织的农户，也包括本集体经济组织以外的单位或者个人。因此在发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包时，要通过村民代表的同意以及乡（镇）人民政府的批准来限制发包方的发包权。

2. 对承包方权利的限制

其他方式承包的承包方既包括本集体经济组织的农户，也包括本集体经济组织以外的单位或者个人。《农村土地承包法》第48条第2款规定：“由本集体经济组织以外的单位或者个人承包的，应当对承包方的资信情况和经营能力进行审查后，再签订承包合同。”

3. 约定的承包期及约定的权利、义务

《农村土地承包法》第45条规定：“以其他方式承包农村土地的，应当签订承包合同。当事人的权利和义务、承包期限等，由双方协商确定。以招标、拍卖方式承包的，承包费通过公开竞标、竞价确定；以公开协商等方式承包的，承包费由双方议定。”



4. 对流转的限制

《农村土地承包法》第49条规定：“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书的，其土地承包经营权可以依法采取转让、出租、入股、抵押或者其他方式流转。”较之以家庭承包方式取得土地承包经营权的流转，以其他方式设立的土地承包经营权的流转，须以依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书为前提。

三、土地承包经营权的性质

家庭联产承包责任制30多年来的实践发展，不断推进了土地承包经营权的变革、创新与完善。土地承包经营权的性质逐步在相关政策与法律中加以明确。《物权法》颁布前，学理界对土地承包经营权性质的争论在于其自身为债权性还是物权性权利。丁关良在《土地承包经营权基本问题研究》一书中对《物权法》颁布前各学者对土地承包经营权性质的观点做了详细介绍，本书不再赘述。而《物权法》的出台，使学界争议的焦点发生转变。《物权法》将第十一章土地承包经营权放在了用益物权编。根据物权法定原则，土地承包经营权乃用益物权。故学界对此的探讨转向以不同承包方式取得的土地承包经营权是否具有不同的性质上。张红霄从历史解释角度、体系解释角度、社会学解释角度分析，认为：家庭土地承包经营权是物权，其他方式土地承包经营权是债权。^{〔1〕}丁关良在对现行法律进行分析后，否认了张红霄等学者的观点，并提出了二元性质的土地承包经营权理论。

对于以家庭承包方式取得的土地承包经营权属于用益物权已无争议，但是对于其他方式承包取得的土地承包经营权的性质仍有待研究。本书从现行法律法规，司法解释及民法理论基础两方面，针对学者们的不同意见，论述以其他方式承包取得土地承包经营权的性质。

（一）《物权法》对其他方式承包取得土地承包经营权的规定

《物权法》第133条规定：“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。”该规定隶属于《物权法》用益物权编土地承包经营权部分，基于物权法定原则，承包方式的不同并不影响其用益物权的本质属性。

（二）《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》

（以下简称《解释》）对其他方式承包取得土地承包经营权的规定

《解释》第20条规定：“发包方就同一土地签订两个以上承包合同，承包方均主张取得土地承包经营权的，按照下列情形，分别处理：（一）已经依法登记的承包方，取得土地承包经营权；（二）均未依法登记的，生效在先合同的承包方取得土地承包经营权；（三）依前两项规定无法确定的，已经根据承包合同合法占有使用承包地的人取得

〔1〕 张红霄：“农村土地承包经营权及其流转性质的法律辨析”，载《河北法学》2011年第6期。

土地承包经营权,但争议发生后一方强行先占承包地的行为和事实,不得作为确定土地承包经营权的依据。”前最高人民法院副院长黄松有在最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》答记者问中指出:“《解释》第20条首先从权利性质方面区分,如果一方已经依法登记,则该人享有的是一种物权性质的权利。其他未进行依法登记的仅为合同权利,在性质上属于债权。”丁关良对《解释》进行分析后,对此观点持肯定态度,认为《解释》所述“其他方式承包”的土地承包经营权既包括债权性质的土地承包经营权也包括物权性质的土地承包经营权。〔1〕

对此条文及物权法理的分析,必须以土地承包经营权的取得方式为基础。目前法律,无论是《农村土地承包法》,还是《物权法》均规定:“以家庭承包方式取得土地承包经营权的,承包方自合同生效时取得土地承包经营权。”在合同生效取得土地承包经营权后,即可按法律规定流转。而对于以其他方式承包取得的土地承包经营权的取得时间,法律则未作规定,且《农村土地承包法》及《物权法》中也没有说明,以其他方式承包农村土地参照本法的有关规定。若参照家庭承包方式,明确其他方式承包土地在合同生效时即取得土地承包经营权,那么《解释》第21条的规定:“承包方未依法登记取得土地承包经营权证等证书,即以转让、出租、入股、抵押等方式流转土地承包经营权,发包方请求确认该流转无效的,应予支持。”在合同生效后,承包方取得土地承包经营权,却不得流转土地承包经营权,就违反了物权法的理论基础——用益物权人对他人所有的不动产或者动产,依法享有占有、使用和收益的权利。丁关良解释此处所指的土地承包经营权是债权性质的土地承包经营权。但在法律没有明文规定,也没有参照条款的前提下,从《解释》第20、21条的规定上来看,其他方式承包的公示方式乃采用登记要件主义。在登记后,乃取得实质意义上的完全物权,可以依法采取转让、出租、入股、抵押或者其他方式流转。而第20条第2款规定“生效在先合同的承包方取得土地承包经营权”中涉及的“土地承包经营权”,丁关良认为是债权性质的土地承包经营权。这种说法并没有错,但以此将以其他方式承包取得的土地承包经营权分为物权性质的土地承包经营权与债权性质的土地承包经营权是不合适的。因为对于以登记要件主义为公示方式的其他方式承包的土地承包经营权来说,此款“土地承包经营权”并不是包括《农村土地承包法》、《物权法》等法律法规中说明的“土地承包经营权”,而是在合同生效后,权利人获得的申请土地承包经营权的请求权。“生效在先合同”几个字也说明了这一点,这六个字说明,发包方与先承包方及后承包方签订的土地承包合同均有效,如果先承包方以合同生效获得了土地承包经营权,那么发包方的再次处分行为属于无权处分,那么后承包方与发包方签订的土地承包合同效力待定,而非当然有效,因此,承包方在与发包方签订土地承包合同后,取得的是土地承包经营权请求权,而非土地承包经营权。

综上所述,无论是以家庭承包方式取得的土地承包经营权,还是以其他方式承包

〔1〕 丁关良:《土地承包经营权基本问题研究》,浙江大学出版社2007年版,第134页。



的土地承包经营权,其性质均为用益物权,即土地承包经营权是用益物权。但《解释》第20条第2款中规定的土地承包经营权是申请土地承包经营权的请求权,那么“生效在先合同的承包方取得土地承包经营权”则违反了债权的平等性,在此,将对《物权法》及《解释》提出部分修改意见。

(三) 针对以其他方式承包取得土地承包经营权,对《解释》的部分修改意见

《物权法》规定,土地承包经营权的性质为用益物权。《解释》的位阶效力低于《物权法》,且《物权法》的颁布时间晚于《解释》,应修改《解释》中同《物权法》相抵触的部分,针对《解释》第20条,提出以下两种修改意见。

(1) 删除第20条的全部内容,改为“经依法登记的承包方,取得土地承包经营权”。仅此,即可明确其他方式承包取得土地承包经营权的公示方式采登记要件主义。如若发生发包方就同一土地签订两个以上承包合同的纠纷,则应适用《物权法》及《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)的有关规定。

(2) 将第20条第2款的内容改为:“均未依法登记的,生效在先合同的承包方取得土地承包经营权请求权,后承包方依法获得相应的赔偿。”从第20条第2款的规定可知,根据我国目前的国情,对土地承包经营权的登记条件仍不够完善,如若采用第一种修改意见,可能造成不必要的混乱。为此,可以采取折中的办法,在不违反土地承包经营权用益物权性质的前提下,打破债权的平等性,赋予先获得土地承包经营权请求权的债权人以优先申请权。

第二节 土地承包经营权流转内涵及特征

一、土地承包经营权流转的概念

(一) 学理界关于土地承包经营权流转概念的观点

同土地承包经营权一样,土地承包经营权流转一词并非严格意义上的法律术语,原本是政策性用语,只是因为中央文件中多次出现,之后将其规定于《土地管理法》、《农村土地承包法》、《物权法》等法律法规中,才赋予土地承包经营权流转一定的法律意义。从现行政策与法律法规的规定分析,土地承包经营权流转的法律性质属于权利的法律处分,但我国现行法律并没有对土地承包经营权流转的内涵做出过明确的界定,有关土地承包经营权概念的界定,学理界也仍未达成统一意见。现列举各学者的观点如下:

(1) “农村土地承包经营权流转是指在农村土地承包中物权性质的土地承包经营权有效存在的前提条件下,在不改变农村土地所有权权属性质和主体种类以及农村土地农业用途的基础上,原承包方(即流出方)依法将该物权性质的土地承包经营权,或者从该物权性质的土地承包经营权中分离出来的部分权能等具体民事权利转移给他人

(即流进方)的行为。”〔1〕

(2) “农村土地承包经营权流转是指承包方与第三人订立合同,在一定的期限内将其通过家庭承包取得的土地承包经营权依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式改变土地承包经营权的民事法律行为。”〔2〕

(3) “农村土地使用权流转主要是指农户通过家庭承包方式取得对集体所有土地的使用权后,以出租、转包等方式有偿转让给他人生产经营的行为。”〔3〕

(4) “土地承包经营权的流转,是指土地承包经营权在市场机制的作用下,在集体经济组织内部承包经营户之间,非统一集体组织承包经营户之间以及承包经营户的组织个人之间所产生的,以转让、出资、出租、抵押、继承、赠与为主要方式的积极作为的土地承包经营权财产权发生转移的行为。”〔4〕

(5) “农村土地承包经营权流转指的是农村土地承包经营权者以一定的条件依法将土地承包经营权的全部或者一部分转让给第三者从事生产经营活动的行为。”〔5〕

(6) “结合《农村土地承包法》的规定,可将土地承包经营权的流转定义为,根据法律规定和承包合同约定,土地承包经营权人将取得的土地承包经营权通过转包、出租、互换、转让或其他方式让渡给他人的行为。”〔6〕

(7) “农村土地承包经营权流转,是指在不改变农村农用土地所有权权属和农用土地之用途基础上,在有效的农村土地承包经营权存在的前提条件下,农村土地承包经营权人依法将农村土地承包经营权或农村土地使用权转移给他人的行为。农村土地承包经营权流转中转移的土地承包经营权,既可以是全部,也可以是部分的。”〔7〕

(8) “我国农村土地承包经营权的流转,是指在不改变农村土地所有权权属和农业用途基础上,在用益物权性质的承包经营权有效存在的前提下,土地承包经营权人依法将该农村土地承包经营权,或者从其中分离出来的部分权能等具体民事权利通过转包、出租、互换、转让或以其他方式让渡给他人的行为。其实质就是农村土地的占有、使用、收益、部分处分权能的流转。”〔8〕

(二) 土地承包经营权流转概念的法律分析

1. 对土地承包经营权流转的限制

《农村土地承包法》第4条规定:“农村土地承包后,土地的所有权性质不变。”第

〔1〕 丁关良:“农村土地承包经营权流转的法律思考——以《农村土地承包法》为主要分析依据”,载《中国农村经济》2003年第10期。

〔2〕 黄运焘:“农村土地承包经营权立法若干理论问题探讨”,载《华南理工大学学报(社会科学版)》2004年第3期。

〔3〕 肖方扬:“农村土地使用权流转中的合同问题研究”,载《安徽农业大学学报(社会科学版)》2005年第6期。

〔4〕 刘国超:“农村土地承包经营权流转问题研究”,载《理论月刊》2006年第1期。

〔5〕 丁秋菊:“我国农村土地承包经营权流转中的问题及对策”,载《资源与产业》2006年第3期。

〔6〕 王艳玲、许建苏:“土地承包经营权流转问题探讨”,载《经济论坛》2006年第5期。

〔7〕 王音、陈军勇:“我国农村土地承包经营权流转研究”,载《安徽农业科学》2006年第16期。

〔8〕 张颖:“我国农村土地承包经营权流转法律问题探讨”,载《农业经济》2010年第3期。